

PENAS ALTERNATIVAS (LEI N. 9.714/98) QUESTÕES SOBRE SUA APLICABILIDADE

Iasodara Fin Nishi

Juíza Substituta em Santa Catarina

Com o advento da Lei n. 9.714/98, que ampliou para dez o número de sanções substitutivas previstas no artigo 44 do Código Penal Brasileiro, muito se tem discutido acerca de sua retroatividade, bem como a possibilidade de aplicação nos crimes definidos na Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Sabe-se que a aplicação da lei penal é “atividade através da qual o Poder Judiciário deve efetivar os princípios e as regras visando a realização do Direito e a prática da Justiça” (RENÉ ARIEL DOTTI, “A Retroatividade da *Lex Mitior* e o Critério da Combinação de Leis”, *apud* JUSTIÇA PENAL, vol. 5, pág. 344).

Neste contexto, a Constituição Federal estabelece dentre os direitos e garantias individuais o princípio da irretroatividade da lei mais grave, ao dispor que “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). Destarte, a Lei 9.714/98, por ser mais benéfica (*lex mitior*) que a anterior, terá sua aplicação em qualquer circunstância ou estágio do processo, *inclusive* naqueles já decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Assim, e porque é importante saber-se sobre a quem competirá a aplicação da lei mais benéfica, pode-se afirmar:

a) Se o processo encontra-se em andamento, sem sentença prolatada, ou mesmo se sentenciado mas com recurso interposto e os autos ainda

não foram remetidos à Superior Instância, a competência para aplicação da lei nova será, indiscutivelmente, do juízo *a quo*. Neste caso, como bem salienta Luiz Flávio Gomes, não se pode dizer que o juiz sentenciante perdeu a jurisdição, porquanto somente a perde para o reexame do mérito, “mas reconquista-a automaticamente na eventualidade do surgimento de lei mais favorável” (*in* Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de janeiro de 1999, pág. 42).

b) No caso de já transitada em julgado a sentença condenatória e expedida a respectiva carta de guia, caberá ao juízo da execução (*vide* arts. 66, I, da LEP, e Súmula 611 do STF) sua apreciação e aplicação, *inclusive* para aqueles casos de “*sursis humanitário*” (pena superior a 2 e inferior a 4 anos), com o agente demonstrando “razões de saúde” para obtenção do benefício (art. 77, § 2º, última parte).

c) Estando os autos em grau de recurso, surgem duas posições advindas da doutrina: *a primeira* sustentando deva haver remessa dos autos ao primeiro grau, com conversão do julgamento do recurso em diligência, para que lá seja apreciada a matéria, sob pena de supressão de um grau de jurisdição e ofensa ao princípio do contraditório (esta não parece mais adequada, porquanto não se trata de o juiz completar a sentença, por eventual omissão, pois quando prolatado o ato compositivo da lide penal não havia a lei permissiva); *a segunda*, e que acredito seja a melhor, é aquela que se coaduna com o entendimento de que cabe ao próprio Tribunal, quando da análise do recurso, de ofício ou mediante provocação recursal (nesta hipótese a matéria lhe seria devolvida pela parte) aplicar a nova lei naquilo que beneficiar ao agente (há casos de *sursis* concedido com condições mínimas, mais favoráveis que uma pena restritiva de direitos), por observância da garantia constitucional (CF, art. 5º, XL) e legal (CP, art. 2º, parágrafo único), reforçada pelo disposto no § 2º do art. 642 do CPP.

— Outro aspecto relevante, e que tem sido objeto de amplos debates, diz respeito à aplicabilidade da Lei aos crimes hediondos, especificamente aos previstos na lei de entorpecentes, que lhes são equiparados.

Há duas posições bem definidas:

A primeira defende a impossibilidade de aplicação, ao argumento de que a *mens legis* (conforme sua Exposição de Motivos) pretendeu abarcar somente os denominados crimes de menor potencial ofensivo, afastando pois sua incidência naqueles denominados hediondos ou equiparados, por se tratar de crimes que demandam maior repressão ante sua

gravidade e porque o regime integralmente fechado é incompatível com o sistema de substituição, representando incentivo à grande criminalidade.

A segunda, à qual me filio, entende ser perfeitamente aplicável a Lei n. 9.714/98 aos crimes previstos na Lei n. 8.072/90 que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, e cuja pena não seja superior a 4 (quatro) anos, pelas seguintes razões:

Antes mesmo da Lei n. 9.714/98 já se afirmara, *inclusive* nos Tribunais Superiores, a possibilidade de suspensão condicional da execução da pena nos casos de estupro tentado, quando a pena ficava igual a 2 anos de reclusão (sem olvidar que se trata de crime cometido com violência ou grave ameaça).

Sabe-se que o *sursis* somente deve ser examinado quando, após aplicada a reprimenda privativa de liberdade e fixado o regime de cumprimento da pena (CP, art. 59, III, c/c art. 111, da LEP), não houver possibilidade primeira de substituição por outra espécie de pena, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como decorre do art. 77, III, do CP, o que vale dizer: mesmo com pena para ser cumprida em regime fechado (1º passo), deve ser viabilizado exame sobre a substituição por pena restritiva (2º passo), e, se negativo, passa-se, obrigatoriamente, para o *sursis* (3º passo).

Note-se que anteriormente à Lei n. 9.714/98, nos casos em que a pena privativa de liberdade aplicada a crime hediondo fosse igual a 2 (dois) anos, somente se apreciava o cabimento e em muitos casos se concedeu *sursis* exatamente porque era o único benefício cabível diante da quantidade da pena e porque limite previsto para substituição por penas restritivas de direito era fixado em no máximo até um 1 ano, salvo se se tratasse de crime culposos.

Ora, com a ampliação da limitação temporal de 1 (um) para 4 (quatro) anos e à falta de vedação expressa na Lei n. 9.714/98, tem-se como perfeitamente aplicável a substituição, desde que satisfeitos os demais requisitos legais nela contidos (poderá ser denegado diante do caráter subjetivo — inciso III do art. 44 do CP), tudo porque não se pode perder de vista que a Lei n. 9.714/98 é norma geral, aplicável às normas especiais anteriores sem ressalva proibitiva da substituição apenas na consideração da espécie de crime (tanto na Constituição, como na própria lei dos crimes hediondos, não há proibição de substituição da pena, mas apenas de concessão de anistia, graça ou indulto, assim como de liberdade provisória com ou sem fiança).

Por outro lado, deve-se observar o princípio da reserva legal, sendo defeso ao hermenêuta lançar mão da interpretação dilatatória ou ampliativa, para restringir direitos e garantias individuais, fazendo incluir proibição que a Constituição e a lei não contemplaram.

Importante ressaltar ainda a circunstância de que o regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, em crimes hediondos ou a eles equiparados, ser obrigatória e integralmente fechado não afeta nem proíbe a substituição da prisão por pena restritiva de direitos, porquanto se trata de coisas distintas e independentes entre si (uma é a forma de cumprir a pena de reclusão, se for preso; a outra é a possibilidade de substituir aquela, evitando-se a prisão).

Outrossim, descumpridas por qualquer forma as condições da pena restritiva de direitos substituta, será convertida naquela pena privativa de liberdade, que deverá ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 44, § 4º, do CP); a possibilidade de reversão para regime tão severo servirá como estímulo ao cumprimento daquela.

Destarte, a lei nova somente não será aplicada aos crimes, hediondos ou não, quando cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa ou, o que deverá ser bem utilizado para negar àqueles, mediante negativa fundamentada nas circunstâncias subjetivas, apreciadas pelo juiz no art. 59 do Código Penal (*vide* CP, art. 44, III).

Concluindo, tem-se que a aplicação da Lei 9.714/98, com a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, por ser benéfica, constitui-se em direito subjetivo do apenado, e a) deverá ser efetuada desde pelo juiz sentenciante, nos processos pendentes, bem como naqueles em grau de recurso que ainda não tenham sido remetidos ao Juízo *ad quem*; b) se o foram, caberá ao Tribunal examinar da possibilidade de incidência imediata, salvo se verificar prejuízo ao réu; c) se a sentença condenatória já transitou em julgado, caberá ao juiz da execução fazê-lo (LEP, art. 66, I, e Súmula 611 do STF); d) é aplicável aos crimes hediondos, em face do princípio da reserva legal, porquanto as normas que restringem direitos e garantias individuais devem ser interpretadas de maneira restritiva.